Ueber die

# rechtliche Natur

des

# Einkindschaftsvertrages.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doctorwürde

vorgelegt der

hohen juristischen Fakultät

der

Königl. bayr. Friedrich-Alexander-Universität Erlangen

im November 1895

von

Carl Holfelder,

Rechtspraktikant in Regensburg.

**Regensburg, 1895**

Druck von M. Wasner.

Seinen

lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet

vom

**Verfasser.**

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535724_0093

# Einleitung.

Eingangs wird es sachdienlich sein, die Frage zu erledigen, welchem Rechtskreise das Institut, dessen rechtliche Natur Gegenstand vorliegender Besprechung sein soll, angehört.

Die Einkindschaft ist durchaus ein Institut germanischen Rechtes.

Diese Thatsache tritt am klarsten zu Tage, wenn wir auf die Wurzeln zurückgreifen, aus denen das Institut erwachsen ist. Hier scheint uns anfangs die Thatsache etwas verwirrend entgegen zu treten, dass das germanische Recht nicht wie das römische eine im Grossen und Ganzen einheitliche Entwicklung aus einheitlichen Wurzeln genommen hat, sondern dass der partikularistische Zug der Deutschen sich vor Allem auch ihrem Rechte bezw. ihren Rechten aufgeprägt hat. Die Consequenz davon ist, dass die Einkindschaft durchaus nicht überall, wo germanisches Recht gilt, in Geltung gewesen und geblieben ist, sondern sich innerhalb bestimmter örtlicher Grenzen, welche sich selbstverständlich ihrerseits durch die einzelnen Stämme bestimmen, gehalten hat. Als solche Bezirke sind vor Allem Franken und die Gebiete am Mittelrhein zu nennen. Vielsagend ist schon das, dass man gezweifelt hat, ob man der Einkindschaft überhaupt gemeinrechtlichen Charakter zubilligen solle (Beseler z. B.), d. h. ob man sie auch da für erlaubt halten solle, wo das civile Gesetz sie nicht ausdrücklich zulässt oder vorschreibt, eine Frage, welche beim Vertragscharakter der Einkindschaft nur insofern nicht müssig ist, als durch sie ein gesetzliches Gebot, die Abschichtung, hintangehalten werden soll. Darin ist man aber jedenfalls zu weit gegangen.

Als eine andere Consequenz der zersplitterten deutschen Rechtsentwicklung erscheint die Mannigfaltigkeit der rechtlichen Auffassung und Regelung, welche die Einkindschaft erfahren hat. Nicht leicht ein Institut wird in den vielen deutschen Rechten so verschieden behandelt, als gerade die Einkindschaft, und man

kann kaum etliche Rechte aufzählen, welche in jeder Hinsicht sich in diesem Punkte decken. Für uns kommt es darauf an, mit möglichster Hintansetzung partikularrechtlicher Einzelheiten die Grundideen des Rechtsinstitutes, welche sich gleichsam wie ein roter Faden durch die verschiedenen Rechte ziehen, aufzufassen, und an der Hand derselben das ganze Institut rechtlich zu charakterisieren. Dabei sind natürlich einzelne Rückgriffe auf Eigenheiten einzelner Partikularrechte unvermeidlich.

Eine altgermanische Anschauung gipfelt in dem Grundsatze, dass den Kindern aus einer Ehe das Vermögen dieser Ehe ganz oder zum grossen Theil zufallen soll. Juristisch spricht man in diesem Sinne von einem Verfangenschaftsrecht. Dieses Verfangenschaftsrecht ist einzig und allein der Boden, aus welchem die Einkindschaft erwachsen ist, und ich habe desshalb eben mit Berechtigung gesagt, dass die Verwirrung der deutschen Rechtsverhältnisse nur scheinbar eine Unsicherheit auch der Entstehung der Einkindschaft vermuten lässt. Im Gegenteil; wo das Institut gediehen ist, ist es aus derselben rechtlichen Wurzel, nämlich als Gegenstück zum Verfangenschaftsrecht erwachsen.

Das Verfangenschaftsrecht äussert sich in zwei Formen:

1) Nach der Auflösung einer beerbten Ehe mit Gütergemeinschaft durch den Tod des einen Ehegatten bleiben der Ueberlebende und die Kinder zu ungesondertem Gute sitzen (fortgesetzte Gütergemeinschaft). Die Kinder haben aber einen unentziehbaren Anspruch auf das Vermögen der gelösten Ehe, ganz oder zum grossen Teile: Dieser Anspruch verwirklicht sich, wenn ein Abschichtungsgrund eintritt, z. B. Wiederverheiratung des überlebenden Eheteils. Dieser ist nämlich gezwungen, vor Eingehung der zweiten Ehe seine Kinder aus erster Ehe abzuschichten.

2) Die andere, wenn wir so sagen wollen, verschärfte Form des Verfangenschaftsrechtes ist folgende: Anfangs vertragsmässig, gewohnheitsrechtlich, später gesetzlich fallen den Kindern aus einer Ehe mit Gütergemeinschaft in einigen Ländern die Immobilien des ehelichen Vermögens zu. In einer Zeit, wo jede Familie Grund und Boden besitzt und sich grösstenteils durch die Bearbeitung desselben nährt, ist dies bei weitem der wichtigste Bestandteil des Vermögens. So lange die Gütergemeinschaft besteht, also bei währender Ehe, tritt dieses Anrecht der Kinder in keiner greifbaren Gestalt zu Tage, da ja noch keinerlei Eigentum ausge-

schieden wird. Im Momente der Auflösung der Ehe, also mit dem Tode des einen Ehegatten tritt es jedoch nach seinem ganzen Umfange hervor, indem das Immobiliarvermögen mit diesem Momente Eigentum der Kinder wird. Dem überlebenden Ehegatten verbleibt die Leibzucht an den Immobilien, sowie die Fahrnis als Eigentum. (Beisitz) Diese Leibzucht verliert er jedoch, sobald er den Witwenstuhl verrückt; damit wird das Eigentum der Kinder vollkommen frei. So ist es wenigstens nach den Rechten, welche in consequenter Weise das Princip dieses Verfangenschaftsrechtes zur Durchführung bringen.[1])

Unter die 2. Kategorie des Verfangenschaftsrechtes gehören auch solche Rechte, welche nicht direkt das Immobiliarvermögen, sondern einen bestimmten Teil des Vermögens überhaupt, z. B. die Hälfte, in das Eigentum der Kinder und die Leibzucht des überlebenden Eheteils nach Auflösung der Ehe treten lassen.

Freudenthal[2]) betrachtet die 2 Formen, in denen das Verfangenschaftsrecht auftritt, nicht als Formen des Verfangenschaftsrechtes, sondern als Arten der Schichtung und kommt so zu einer sog. »urwüchsigen Teilung« und einer »jüngeren Teilung«, die, wie er sagt, in principiellem Gegensatz stehen. An diesem Gegensatze ist insoferne nicht zu zweifeln, als diese beiden Dinge vollkommen heterogener Natur sind — die sog. urwüchsige Teilung ist eine Schichtung auf Grund des Verfangenschaftsrechtes (dieselbe, die wir unter 1. eben betrachtet haben), während die »jüngere Teilung« ein Mittel gegen das Verfangenschaftsrecht sein soll.

Die Durchführung des Verfangenschaftsrechtes nun, sei es in dieser oder jener Form, führt durchschnittlich zu Unzukömmlichkeiten. Denn ein mässiges Vermögen beispielsweise, das in einer Hand vereinigt und wirtschaftlich verwendet für die mehreren den nötigen Unterhalt zu bieten hinreichend wäre, wird infolge

---

[1]) Andere Rechte belassen dem Elternteil auch nach einer Wiederverheiratung die Leibzucht, z. B. die Regensburger Heiratsordnung von 1580, diesbezüglich authentisch erläutert durch Ratsdekret von 1780, spricht dem Vater den lebenslänglichen Nutzgenuss an dem Vermögen seiner Kinder auch nach seiner etwaigen Wiederverheiratung zu.

[2]) Ignaz Freudenthal, historisch dogmatische Darstellung der Verfangenschaft, Grundteilung und Einkindschaft nach den fränkischen Rechten u. s. w. Augsburg 1878, Seite 12 ff.

des Abschichtungszwanges in eine grössere oder geringere Anzahl von Teilbeträgen zerlegt, die dann nicht mehr im Stande sind die Bedürfnisse des Eigentümers zu befriedigen.

Ferner sind die abgeschichteten Kinder, soferne sie noch minderjährig sind, auf die Ehrlichkeit und Willigkeit dritter Personen angewiesen, die als Pfleger ihre vermögensrechtlichen Interessen vertreten sollen. Es liegt aber nahe, dass der eigene Vater oder die eigene Mutter diese in der Regel mit höherer Fürsorge vertreten, als Fremde.

Auch ein durchaus materieller Grund kann gegen die Abschichtung geltend gemacht werden: die Kinder verlieren ihr Erbrecht und infolge dessen entgeht ihnen unter Umständen ein beträchtlicher Vermögensvorteil.

Des weiteren ist für den Elternteil der Verlust eines Vermögens, das er vielleicht durch seinen Fleiss erworben oder miterworben, betrübend, abgesehen von der ethischen Seite, dass damit das materielle Band zwischen Elternteil und Kindern gelöst wird, und beide sich als Vertreter selbständiger, also eventuell widerstreitender Interessen gegenüberzustehen in die Lage kommen. Dies steht besonders im Widerspruch mit der germanischen Anschauung, welche im Gegensatze zu dem streng berechneten römischen Recht eine grössere familiäre Innigkeit auch durch thunlichste Verschmelzung des Vermögens anstrebt.

Diese ungesunden Consequenzen des Abschichtungszwanges wurden auch bald empfunden und man suchte nach einem rechtlichen Mittel, sie hintanzuhalten. Dieses Mittel fand man naheliegender Weise darin, dass man die Kinder je aus der ersten Ehe, — die Vorkinder, — in die 2. Ehe mit hinübernahm und sie mit den erwarteten Kindern der folgenden Ehe, — den Nachkindern, —auf gleiche Stufe stellte, indem man alle Kinder als erst in dieser späteren Ehe geboren betrachtete. Es liegt hier vor, was wir juristisch Fiktion nennen, d. h. die Gleichstellung verschiedener Thatbestände hinsichtlich ihrer Wirkung. Die Vorkinder sollen also unter einander und mit den eventuellen Nachkindern eine Kindschaft bilden. Der sehr sachliche Name dieses Instituts ist die Einkindschaft.

Wann ist die Einkindschaft entstanden? Ihre erste Entwicklung fällt etwa in die Zeit der grossen germanischen Rechts-

bücher. Verschiedentlich z. B. bei Bened. Schmidt[1]) wird eine Urkunde aus dem Jahre 1296, welche Gudenus in seinem Codex Diplomaticus abdruckt für den ältesten vorhandenen schriftlichen Einkindschaftsvertrag gehalten. Tafinger[2]) spricht diesem Vertrag jedoch die Natur einer Einkindschaftsberedung vollständig ab (§ 14), da darin ausdrücklich bestimmt ist, die Verabredung gleicher Erbeinsetzung der Vorkinder solle nur dann Geltung haben, wenn aus der nachfolgenden Ehe keine Kinder geboren würden. So vollständig bedeutungslos ist jedoch meiner Ansicht nach diese Urkunde nicht. Wenn wir auch nicht einen Einkindschaftsvertrag vor uns haben in dem Sinne, wie wir von einem solchen sprechen, so tritt doch darin die Idee der Vereinkindschaftung schon deutlich zu Tage.

Auf eine noch ältere Urkunde macht Friedrich Ringelmann[3]) aufmerksam: ein noch ungedrucktes Statut der Stadt Eisenach, welches im Jahre 1283 vom Landgrafen Albrecht von Thüringen bestätigt worden ist (also in die Zeit des Schwabenspiegels fällt) und in welchem über die Form der Einkindschaftsberedung bereits grundlegende Bestimmungen enthalten sind.

Weiter auf dieses ebenfalls bestrittene Gebiet einzugehen ist hier nicht der Ort. Es genügt festzustellen, dass die ersten Spuren der Einkindschaft auf das Ende des 13. Jahrhunderts hinweisen, also auf eine Zeit, wo das germanische Recht sich noch unbeeinflusst von römischen Ideen entwickelte und diese Entwicklung bereits zu einer hohen Stufe gediehen war. Wir sind nach dem Gange der Rechtsbildung in jener Zeit zu der Annahme berechtigt, dass die Einkindschaft schon längere Zeit vorher gewohnheitsrechtlich sich gebildet haben mag, am ehesten wohl in Gegenden, wo die Grundsätze der Verfangenschaft in voller Strenge durchgeführt wurden (z. B. in Franken). Von den Richtern, den Schöffen, anerkannt, hat sie sich dann auf dem Wege des Vertrages fortentwickelt und wegen ihrer Utilität im Laufe des 14. 15. und 16. Jahrhunderts in sehr viele Landrechte und Statuten

---

[1]) Diss. de unione prolium tam in genere quam in specie annexa quaestione: utrum validitas unionis privatae per specialem observantiam probari queat? Ingolstadt, 1765 p. 16 § 11.

[2]) Tafinger, über die Lehre von der Einkindschaft Nürnberg, 1785 Seite 26 ff.

[3]) Ueber die historische Ausbildung und die rechtliche Natur der Einkindschaft, Inaugural-Abhandlung, Würzburg, 1825 Seite 12 ff.

Aufnahme gefunden. Vertragsrecht ist sie aber stets geblieben; denn einzelne Länder (z. B. Hessen), welche sie gesetzlich eintreten liessen, gehören zu den wenigen Ausnahmen.

Das Institut hat aber, wie gesagt in den Rechten eine durchaus verschiedene Auffassung und Regelung erfahren. Es lag nahe, familienrechtliche Grundsätze in dasselbe einzuspinnen. So wurde besonders häufig die Analogie der Adoption und Arrogation herangezogen. Die Wissenschaft selbst war sich nicht klar darüber, ob die Einkindschaft unter die Lehren des Familienrechtes oder des Erbrechtes einzureihen sei. Stellenweise wurde sogar die Veranlassung und der Zweck des Institutes verkannt oder aus dem Auge verloren. Auf diese Weise wurde der eigentliche Charakter der Einkindschaft sehr verdunkelt. Diesen rechtlichen Charakter nach Möglichkeit klarzulegen, ist die Aufgabe der nachfolgenden Zeilen.

Ich möchte aber auf die Behandlung dieser Aufgabe nicht übergehen, ohne vorher wenigstens auf ein Statut hingewiesen zu haben, in welchem die Thatsache sehr prägnant zu Tage tritt, dass die Einkindschaft als Abhilfe gegen die Consequenzen des Verfangenschaftsrechtes aufgenommen wurde. Im Rechte der Stadt Frankfurt wurde die Einkindschaft gesetzlich eingeführt durch die »erneuerte Reformation der Stadt Frankfurt a. M. vom Jahre 1578 (III. Buch, 10: »von den Einkindschaften«), und zwar auf Grund eines Privileges des Kaisers Maximilian I. vom Jahre 1494. Nach dem Wortlaut der älteren Frankfurter Reformation hat Verfangenschaftsrecht gegolten. In der Begründung des Gesuches der Frankfurter an den Kaiser heisst es wörtlich: es möge ihnen verstattet sein, Einkindschaften zu errichten »dadurch manch Person bey hewsslichen Wesen beleibe, und sich selbs und seine Kinder dest stattlicher ernern, das sunst, wo sie auf Verenderung ihres Stats mit iren Kindern zu teilen gedrungen würden, nit beschehen möchte.«

Bezüglich der Litteratur über gegenwärtige Materie verweise ich auf die reichhaltige Zusammenstellung in Genglers »Das deutsche Privatrecht« vierte Auflage, Erlangen und Leipzig 1892 Seite 519.

# Die rechtliche Natur der Einkindschaft.

## I. Die verschiedenen Theorien.

Die Frage nach der rechtlichen Natur der Einkindschaft ist seit langer Zeit eine vielbestrittene.

In der Doktrin lassen sich im Wesentlichen drei Theorien unterscheiden: Die Einkindschaft sei:

a) eine Analogie der römischen Adoption bezw. Arrogation;

b) eine dem deutschen Recht eigentümliche Form der Begründung der väterlichen Gewalt und der Elternrechte;

c) ein Erbvertrag.

Es ist unsere Aufgabe jede dieser Theorien eingehender zu prüfen, ehe wir daran gehen können, eine unserer Meinung entsprechende Ansicht über die rechtliche Natur der Einkindschaft aufzustellen.

### a)

Einer der ersten Schriftsteller welche sich über diese Materie verbreitet haben, ist Justus Veracius in seinem Libellus consuetudinum principatus Bambergensis 1681.[1]) In der I. Quaestio des Titels de unione prolium definiert Veracius die Einkindschaft als contractus, quo conjuges celebrato prius matrimonio constitutaque bonorum comunione alterius conjugum liberos naturales in suam familiam adsciscunt, eosque pro suis heredibus agnoscunt.

Naturales libri ist hier in dem Sinne von »leibliche Kinder« zu nehmen.

Veracius stellt sich in dieser Definition der unio prolium auf den Standpunkt, dass der Einkindschaftsvertrag erst celebrato prius matrimonio abgeschlossen werden könne, weil er annimmt, dass erst nach constituierter allgemeiner Gütergemein-

[1]) enthalten in: Volumen primum complectens scriptores rerum episcopatus Bambergensis etc. Frankfurt und Leipzig 1718.

schaft die Vereinkindschaftung möglich ist. Die heutige Wissenschaft steht auf dem entgegengesetzten Standpunkt, und zwar weil sie allgemein annimmt, dass die Einkindschaftung ein Mittel sein soll, um Abschichtung zu vermeiden. Nach geschlossener zweiter Ehe müsste jedoch die Abschichtung bereits vollzogen sein.

Dieser Punkt steht übrigens nicht im Widerspruch mit den anderen in obiger Definition aufgestellten Anschauungen. Weil Veracius, wie er auch gleich eingangs sagt (unio prolium videtur hodie apud nos germanos id esse, quod olim apud Romanos adoptio aut arrogatio fuit) in der Einkindschaft eine Adoption bezw. Arrogation sieht, so betrachtet er entsprechend als die Contrahenten des Vertrages einzig die beiden unierenden Eltern, und als Zweck desselben die wechselseitige Annahme der leiblichen Vorkinder des anderen Eheteils an Kindesstatt. (Assumuntur unius conjugis naturales liberi ab altero conjuge ea lege, ut eos pari jure honore et amore cum suis propriis et ex se genitis aut gignendis filiis gauderet) Um dies zu bewirken, muss die zweite Ehe natürlich schon geschlossen sein.

Auf jeden Fall müssten wir hier unvollkommene Adoption beziehungsweise Arrogation annehmen, da der Fall so gelagert ist, dass der eine Eheteil die Vorkinder des anderen adoptieren (arrogieren) müsste, die also keine leiblichen Descendenten von ihm sind. Denn der construierbare Fall, dass der Vater oder die Mutter des verstorbenen Ehegatten sich mit dem überlebenden Ehegatten verheiratet ist desshalb nicht praktisch, weil hier das Ehehinderniss der Schwägerschaft bestand und besteht (R. G. v. 6. Febr. 1875 § 33.)

Die Unterschiede der Einkindschaft und der (unvollkommenen) Adoption bezw. Arrogation sind mannigfaltig und tiefgreifend genug, um diese Ansicht als vollkommen unhaltbar darzuthun.

Wenden wir uns zunächst zu den Unterschieden in den rechtlichen Bestimmungen beider Institute:

1) Der Adoptivvater muss mindestens 18 Jahre älter sein als das Wahlkind. Eine solche Bestimmung findet sich bezüglich der Einkindschaft nirgends und wäre auch juristisch wertlos und hemmend, wenigstens von dem Standpunkte aus, den wir bezüglich des Einkindschaftsvertrages annehmen.

2) Bei der Arrogation wird vorausgesetzt, dass der pater arrogans keine eigenen Kinder habe. Bei der Einkindschaft ist das Gegenteil der Fall. Die unierten Eltern wollen eben beide je ihre Kinder aus Vorehen zusammen mit den Nachkindern in eine Kindschaft zusammenschliessen. Es hat also jeder Elternteil bereits eigene Kinder, kann sie wenigstens haben; trotzdem könnte er die Kinder des anderen Eheteils noch arrogieren.

3) Nach einzelnen Rechten muss der Adoptierende (Arrogierende) 50 oder 60 Jahre alt sein, eine Vorschrift, die für die Einkindschaft nicht besteht, und wohl auch schon von dem Gesichtspunkt aus verfehlt wäre, als 50 oder 60jährige Nupturienten doch wohl nicht mehr mit Sicherheit auf Kindeserzeugung rechnen können, während im Einkindschaftsvertrag Nachkinder ausdrücklich vorgesehen sind. Wir können noch weiter gehen: nicht einmal die Vorschrift, dass der Adoptierende (Arrogierende) älter sein muss als der an Kindesstatt Anzunehmende besteht für die Einkindschaft. Die entgegengesetzte Möglichkeit ist denkbar und gestattet.

4) Die Adoption (Arrogation) durch Frauen setzt gemeinrechtlich landesherrliche Genehmigung voraus, die dann erteilt wird, wenn die Betreffende ihre eigenen Kinder, falls sie solche hatte, verloren hat. Eine solche Bestimmung fehlt bei der Einkindschaft, abgesehen davon, dass die Frau durchschnittlich eigene Kinder haben wird, welche sie einkindschaften will.

5) Auch bezüglich der äusseren Form des Abschlusses der Einkindschaft und des Vollzugs der Adoption oder Arrogation bestehen Verschiedenheiten in den Bestimmungen z. B. bezüglich des landesherrlichen Reskriptes u. s. w.

Nach Betrachtung dieser mehr äusserlichen Unterschiedsmerkmale wenden wir uns zu den wichtigeren *Verschiedenheiten im rechtlichen Charakter* der beiden Rechtsgeschäfte: Da tritt uns vor Allem der verschiedene Zweck entgegen. Der Zweck der Adoption ist Begründung der väterlichen Gewalt, der des Einkindschaftsvertrages Vermeidung der Abschichtung und ihrer Consequenzen für beide Teile. Hier haben wir ein völlig vermögensrechtliches Moment vor uns, dort ein durchaus familienrechtliches. Was bei der Adoption nebenher geht, die Erwerbung eines Erbanspruchs durch den Adoptierten, das ist bei der Einkindschaft der eine der beiden Hauptzwecke. Die

Regelung familiärer Verhältnisse hinwiederum, welche beim Einkindschaftsvertrag als accidentale einbegriffen werden kann, ist dort das einzige Ziel.

Ferner müssen wir die Frage streifen: wer sind die Contrahenten? Bei der Adoption sind es die beiden Eltern, welche mit einander paktieren; der Einkindschaftsvertrag wird zwischen den Eltern einerseits und den beiderseitigen Vorkindern andererseits abgeschlossen. Der eben besprochene Gegensatz hängt damit zusammen, dass der eine Teil des Einkindschaftsvertrages, nämlich der Verzicht der Vorkinder auf die Abschichtung, bei der Annahme einer Adoption (Arrogation) gar keine Berücksichtigung findet.

Aus den angeführten Gegengründen erhellt zur Genüge, dass die Einkindschaft mit der Adoption oder Arrogation nichts zu thun hat. Die erwähnte Ansicht ist auch gegenwärtig von der Wissenschaft ganz aufgegeben, und gegenwärtig wird sich kaum ein Schriftsteller finden, der sie ernstlich verträte.

Wenn trotzdem in manchen Rechten z. B. Freiburger Stadtrecht 1520, Würzburger Landgerichtsordnung, preussisches Landrecht, auch Frankfurter Reformation, (F i c h a r d), und in den Werken älterer Schriftsteller, z. B. T a f i n g e r diese Ansicht in grösserem oder geringerem Masse Vertretung gefunden hat, so ist dies, wie R i n g e l m a n n richtig bemerkt, als ein Beispiel eines verunglückten Versuches aufzufassen, deutsche Institutionen mit Gewalt zu romanisieren. Auch ist zu bedenken, dass das deutsche Recht in der Zeit, in welcher solche Statutarrechte grösstenteils entstanden, gezwungen war, seine Institute möglichst an römische anzulehnen, wenn ihnen ihre Existenzberechtigung erhalten bleiben sollte. Dass auch die Einkindschaft keine Ausnahme inmitten dieser Zeitströmung machte, wird uns begreiflich erscheinen, und von diesem Gesichtspunkte aus ist die Entstehung der eben dargelegten Ansicht zu erklären und zu rechtfertigen.

b)

Wir treten nun der zweiten Ansicht über die rechtliche Natur der Einkindschaft näher.

Der Repräsentant derselben ist Beseler in seinem umfangreichen Werke: die Lehre von den Erbverträgen, Göttingen 1840. Hier handelt er im Bd. II Abteilung 2 § 21, über die Einkindschaft.

Der Standpunkt, auf den er hinauskommt, ist: Die Einkindschaft ist eine dem deutschen Rechte eigentümliche Form der Begründung der väterlichen Gewalt und der elterlichen Rechte. Wir sehen auf den ersten Blick, dass diese Anschauung sehr auf die Seite der Adoption hineigt. Beseler gesteht dies (S. 178) selbst zu, wenn er sich auch, wie er sagt, mit der Annahme einer Adoption direkt nicht einverstanden erklären kann. Augenscheinlich hat ihn hievon die Differenz in den rechtlichen Bestimmungen, die wir oben des Näheren dargelegt haben, zurückgeschreckt, weil er sich sagen musste, dass diese Unterschiede doch zum Teil zu bedeutend sind, als dass man in dem einen eine Analogie des anderen sehen könnte.

Wenn wir aber genau zusehen, so finden wir, dass er im Prinzip doch die gleiche Meinung hegt; denn ob man nun eine Adoption (Arrogation) nach römischem Recht oder eine Form der Uebertragung der väterlichen Gewalt und der Elternrechte nach deutschrechtlichen Gesichtspunkten annimmt, das bleibt für die rechtliche Beurteilung des Instituts der Einkindschaft ziemlich gleichgiltig. Beseler suchte eben nach einem Wege, die formellen Schranken des römischen Rechtes zu beseitigen, und diesen Weg fand er am kürzesten darin, dass er sich von den Bestimmungen des römischen Rechtes emancipierte und die Einkindschaft als eine eigentümlich deutschrechtliche Form, wir können sagen, der Adoption, konstruierte, wobei ihm widersprechende rechtliche Bestimmungen nicht hinderlich waren. Er hat damit dem Institute nur einen anderen Namen gegeben, der insoferne bequemer war, als ihm unter diesem nicht so augenfällige Widersprüche begegneten. Verkannt blieb aber immer dabei die Hauptsache, dass der Zweck des Vertrages nicht ein familienrechtlicher — Übertragung von väterlicher Gewalt und von Elternrechten, — sondern ein vermögensrechtlicher, — Abschichtung zu vermeiden — ist, wenn wir auch nicht leugnen, dass, wie oben schon bemerkt, Zwecke familienrechtlichen Charakters zweifellos damit verbunden werden können, insbesondere in der Art, wie Beseler z. B. die väterliche Gewalt auffasst. Er weist nämlich ausdrücklich darauf hin, dass man unter der väterlichen Gewalt nicht die römische patria potestas in ihrer weitgehenden Strenge verstehen dürfe. Es werde nur dasjenige Rechtsverhältnis begründet, welches man als elterliche Gewalt bezeichnet, gleichmässig für Vater und

Mutter. An ein derartiges milderes Gewaltverhältnis müssen wir zweifellos auch da denken, wo in unserem gegenwärtigen Rechte die Adoption vorkommt. Diese kann nur ein Akt der Begründung eines ehelichen Kindesverhältnisses sein. [1])

Die Consequenz der Anschauung Beseler's ist, dass auch er nur die beiden Eltern als Vertragsparteien anerkennt und den Kindern die Eigenschaft selbständiger Contrahenten abspricht. Er hat somit ebenfalls vollständig ausser Acht gelassen, dass der eine Teil des Einkindschaftsvertrages der Verzicht der Vorkinder auf die Abschichtung ist, und bezüglich des anderen Teiles verkannt, dass nicht Gewinnung elterlicher Rechte, sondern Begründung eines Erbrechtes primärer Vertragszweck ist.

Die Ansicht, die im Einkindschaftsvertrag einen Erbvertrag sieht, weist Beseler vollständig von der Hand. Als Begründung führt er an, dass ja dann die Stellung der Paciscenten die sein müsste, dass nur der Stiefparens einen Vertrag mit den angeheirateten Kindern schlösse, welcher den anderen Ehegatten eigentlich gar nicht betrifft. Nur auf der Seite des Stiefparens hätte es einen Sinn, wenn er auf dem Wege eines Vertrages den Kindern des andern Eheteils ein Erbrecht gegen seine Person einräumt. Denn es wäre ein Unding, wollten etwa die Kinder ein Erbrecht, das ihnen als Descendenten ihres parens eo ipso zusteht, erst auf dem künstlichen Wege eines Vertrages sich erwerben. Es ist aber eine unbestreitbare Thatsache, dass beim Abschlusse des Einkindschaftsvertrages beide unierenden Eltern beteiligt sind.

Diese Begründung hat auf den ersten Blick etwas Bestechendes. Allein wenn wir bedenken, dass dieses Erbrecht der Vorkinder gegen ihren parens nur bis zum Momente der Abschichtung, d. h. also bis zum Abschlusse der neuen Ehe besteht und mit der vollzogenen Abschichtung untergeht, diese Abschichtung ferner gesetzlich geboten ist, so wird man die Berechtigung und Begründetheit eines Vertrages (Erbvertrages), der von dem Momente an ein vertragsmässiges Erbrecht schafft, wo das gesetzliche aufhört, anerkennen müssen. Das gesetzliche Erbrecht wird eben auf diesem Wege in ein vertragsmässiges verwandelt.

Im Uebrigen trifft Beseler vollkommen das Richtige, wenn er bestreitet, dass in der Einkindschaft lediglich ein Erbvertrag zu er-

[1]) Vgl. auch Entscheidungen des Reichsgerichtes Bd. 6, S. 171 ff. die dort abgedruckte Entscheidung vom 15. November 1881.

blicken sei. Der Erbvertrag ist nur ein Teil des Einkindschaftsvertrages. Darauf kommen wir des Näheren noch im Folgenden zu sprechen.

c)

Wir wenden uns nun der dritten Ansicht zu, welche dahin geht, die Einkindschaft sei als Erbvertrag aufzufassen. Man kann dies als die neuere Richtung bezeichnen, denn dieser Meinung neigen viele neuere Schriftsteller zu, z. B. Eichhorn[1]) v. Gerber[2]) Runde.[3])

Wir wollen vorher feststellen, was ein Erbvertrag sei. Gengler[4]) sagt: Erbverträge — pacta hereditaria — sind die von zwei oder mehreren Personen über die Beerbung einer aus ihrer Mitte, also über das Recht der Succession in deren einstigen Nachlass, vertragsweise getroffenen Bestimmungen. Man unterscheidet zwei Arten von Erbverträgen:

a) den Erbeinsetzungsvertrag, durch welchen dem einen Contrahenten ein Erbrecht erworben wird,

b) den Erbverzicht, durch welchen der eine Contrahent eines bis dahin bestehenden Erbrechtes verlustig geht.

Seiner Natur nach fiele der Einkindschaftsvertrag unter die Kategorie der Erbeinsetzungsverträge; denn es soll durch denselben dem einen Contrahenten, den Vorkindern, ein Erbrecht geschaffen werden. Die Merkmale obiger Definition des Erbvertrages treffen nun zweifellos auch für den Einkindschaftsvertrag zu. Auch der Einkindschaftsvertrag ist ein Vertrag mehrerer Personen, nämlich der unierenden Eltern und der einseitigen bezw. beiderseitigen Vorkinder über die Beerbung einer aus ihrer Mitte. Dass hier gesagt wird, »einer« aus ihrer Mitte, während es doch beide Eltern sind, die beerbt werden sollen, erklärt sich daraus, dass diese beiden Eltern in Gütergemeinschaft leben, also als eine vermögensrechtliche Einheit erscheinen. Das Vermögen dieser Einheit ist das Objekt, welchem gegenüber künftig das Erbrecht wirksam werden soll.

[1]) Eichhorn, deutsche Reichs- und Rechtsgeschichte § 572.

[2]) von Gerber, System des deutschen Privatrechts 16. Auflage, Jena 1891, S. 443.

[3]) Runde deutsches Privatrecht, § 348.

[4]) Gengler das deutsche Privatrecht, 4. Auflage, Erlangen und Leipzig 1892 § 197.

Nun stehen wir vor einer Frage: Contrahenten eines Erbvertrages werden in einem Nexus verwandschaftlicher Verhältnisse, welche in irgend einer Form gesetzliches Erbrecht begründen, nicht stehen. Sie begründen eben desshalb ein Erbrecht auf dem Wege des Vertrages, und es wäre wie schon oben erwähnt, ein Unding, wollten die Kinder, welche mit ihrem parens durch die nächsten verwandschaftlichen Beziehungen, die möglich sind, verknüpft sind und folglich ein gesetzliches Erbrecht der besten Art besitzen, ein solches sich erst auf dem Wege eines Vertrages erwerben. Dies wäre aber beim Abschluss eines Einkindschaftsvertrages stets gegeben, soferne nur der vereinkindschaftende parens Vorkinder besitzt.

Können wir unter diesen Umständen das Prototyp eines Erbeinsetzungsvertrages für die Einkindschaft anwenden?

Der eine Ausweg, den Beseler zeigt, nur einen Erbvertrag zwischen dem Stiefparens und den Vorkindern des anderen Eheteils gelten zu lassen, ist, wie erwähnt, schon durch die unverrückbare Thatsache abgeschnitten, dass de facto stets beide Ehegatten beim Vertrage direkt beteiligt sind. Wir brauchen aber gar nicht nach einem derartigen Auswege zu suchen, um obige Frage bejahen zu können.

Wie bereits unter b) auseinandergesetzt, liegt der springende Punkt darin, dass das gesetzliche Erbrecht der Vorkinder lediglich bis zum Momente der vollzogenen Abschichtung währt und damit vollkommen erlischt. Wird wegen Wiederverheiratung abgeschichtet, dann haben primär nur die Kinder dieser neuen Ehe Erbansprüche gegen das Vermögen der Eltern. An dieser Stelle wollen wir genauer untersuchen, aus welchen Gründen abgeschichtet werden muss, und zwar gesetzlich ohne Ausnahme da, wo nach ehelichem Güterrecht Gütergemeinschaft eintritt.

Bis zum Abschluss der neuen Ehe, war der überlebende parens eine einzelne Person, die entweder mit den Kindern der aufgelösten Ehe zusammen nach dem Princip: sie sitzen sich gegenseitig zu Gedeih und Verderb als Miteigentümer zur gesamten Hand, also ohne Quotenausscheidung das Vermögen besass (fortgesetzte Gütergemeinschaft); oder es war unmittelbar mit dem Tode des einen Ehegatten sei es das Immobiliarvermögen, sei es ein bestimmter Teil des Gesammtvermögens in

das Alleineigentum der Kinder gefallen, und der überlebende parens hatte hieran nur Niessbrauch und Verwaltung (Beisitz).

Nun wird die neue Ehe geschlossen. Im ersteren Falle geht die Person des parens, die Miteigentum am Vermögen hatte, — bildlich zu reden — als vermögensrechtliche Einzelperson unter und es entsteht ein neues vermögensrechtliches Subjekt: die in Gütergemeinschaft lebenden neuen Ehegatten, Gesamthänder, welche nach dem Grundsatze leben, was dem einen gehört, gehört auch dem andern. Damit ist die Sachlage wesentlich umgestaltet. In die Vermögensgemeinschaft aus der früheren Ehe müsste ein neuer Partner mit neuen Interessen aufgenommen werden, was unter Umständen dem erstehelichen Vermögen, das nach deutscher Anschauung den Kindern aus dieser Ehe gehören soll (Prinzip des Verfangenschaftsrechtes), empfindlichen Eintrag thun kann. Nicht genug — über kurz oder lang werden in unbeschränkter Anzahl wiederum Personen auftreten in Gestalt der Nachkinder, welche ihrerseits in vermögensrechtliche Gemeinschaft und erbrechtliche Beziehungen zu den Eltern treten, folglich ebenfalls an der allgemeinen Vermögensgemeinschaft teilnehmen. Und das alles — das ist der wichtigste Punkt — könnte geschehen lediglich durch einen Willensakt des überlebenden parens, insoferne dieser sich jederzeit verheiraten kann, ohne an eine Zustimmung der Kinder gebunden zu sein. Ohne und gegen den Willen dieser könnte also auf diese Weise das Vermögen beeinträchtigt werden. Hier musste ein Riegel vorgeschoben werden durch die Bestimmung, dass vor Eingehung der neuen Ehe abgeschichtet werden muss.

Verfolgen wir die Sachlage auch noch nach der anderen strengeren Form des Verfangenschaftsrechtes, wonach also sofort mit Auflösung der ersten Ehe die Immobilien bezw. eine feste Quote des Gesamtvermögens in das Eigentum der Kinder aus dieser Ehe fällt. Eine Folge der grösseren Strenge dieses Rechtes zu Gunsten der Kinder ist zwar, dass die schädlichen Consequenzen einer Wiederverheiratung des überlebenden parens, auch ohne dass abgeschichtet würde, bedeutend verflacht wären. Trotzdem hätte die Sache noch eine schädigende Seite für das Kindesvermögen, oder besser gesagt, für die Kinder, denen ja doch ein bestimmtes Vermögen unter allen Umständen zu Eigentum bleibt.

*

Wir haben bereits gesehen, dass der überlebende Eheteil an dem den Kindern zugefallenen Vermögen die Nutzniessung und Verwaltung hat. Bezüglich des anderen Teiles des vorehelichen Vermögens bestimmen die Rechte sehr verschieden. Teils soll die Fahrniss freies Eigentum des überlebenden parens sein, teils soll die andere Quote im Miteigentum der Kinder und des parens stehen, z. B. nach Nürnberger Recht. In letzterem Falle liegt die Sache genau so, wie wir vor kurzem besprochen haben: Abschichtung und Trennung dieses Miteigentums wäre nötig, um den Rechten der anderen Miteigentümer, der Vorkinder, keinen Eintrag zu thun. Dieses jedoch nebenbei: bleiben wir bei dem Vermögensteile stehen, der in der Nutzniessung des parens und im Eigentum der Vorkinder steht. Der Wille der Bestimmung, welche dem parens diese Nutzniessung und Verwaltung zuwendet ist doch zweifellos der, dass der parens mittelst dieser Subvention möglichst in den Stand gesetzt sei, für das leibliche und geistige Wohl der Kinder Sorge zu tragen und als nächster Anverwandter die vermögensrechtlichen Interessen der Kinder bestens zu vertreten. Würde er sich nun wieder verheiraten, ohne dass in dieser Sachlage etwas geändert würde, so nähme der neue Ehegatte sowie die später folgenden Nachkinder am Genuss des Ertrages des Vermögens teil. Die natürliche Folge wäre, dass für die Zwecke der Vorkinder weniger und weniger vom Ertrage ihres Vermögens verwendet würde, zumal da es eine bekannte Tatsache ist, dass der Stiefparens durch Einwirkung auf den Gatten möglichst darnach trachten würde, seine eigenen Kinder zu bedenken, welche ihm ja näher stehen, als die anderen. Auf diese Weise würde eine Verschiebung in der Verwendung des Vermögens der Vorkinder eintreten, die dem Willen der gesetzlichen Bestimmung entgegengesetzt wäre. Der einfache Weg, auf welchem hier eingeschritten wird, ist der, dass man dem parens bei seiner Wiederverheiratung die Verwaltung und Nutzniessung entzieht – also ebenfalls in diesem Sinne eine Abschichtung vorschreibt.

Wenn auf diese Weise den Interessen der Vorkinder auf der einen Seite weitgehend Rechnung getragen wird, so ist es eine einfache Forderung der Billigkeit, dass sie andererseits alle Ansprüche gegen ihren parens verlieren, also auch ihr Erbrecht gegen denselben erlischt. Man kann sagen die Beerbung ist

anticipiert und realisiert durch die Abschichtung. Der frühere parens ist als vermögensrechtliches Subjekt untergegangen, an seine Stelle ist ein neues Vermögenssubjekt getreten, nämlich die in Gütergemeinschaft lebenden neuen Ehegatten. Gegen dieses neue Subjekt bestehen Ansprüche erbrechtlicher Natur prima facie nicht mehr, und nur die Kinder der nachfolgenden Ehe haben ein Kindes-Erbrecht in der gewöhnlichen Weise in das Vermögen der neuen Ehe.

Damit ist jedoch nicht gesagt, dass für den Fall der Kinderlosigkeit dieser Ehe die Vorkinder nicht als Repräsentanten des Stammes ihres parens zur Erbschaft gesetzlich berufen sein könnten, wenn auch einige Rechte diese etwas weitgehende Consequenz gezogen haben. Warum sollte also zwischen dem besagten neuen vermögensrechtlichen Subjekt und den Vorkindern ein Erbvertrag nicht geschlossen werden können? Es ist dasselbe Verhältniss, wie beispielsweise zwischen Geschwistern. Diese sind unter Umständen gegenseitig zur Erbschaft berufen, aber die Möglichkeit eines Erbvertrages zwischen denselben wird niemand bezweifeln.

Es wäre nur ein Punkt geeignet, zu Bedenken Anlass zu geben: Die Einkindschaft als Erbvertrag könnte augenscheinlich erst nach Eingehung der zweiten Ehe abgeschlossen werden, denn es begründen, wie wir ausgeführt haben, die beiden Eltern zusammen als Vermögenssubjekt ein Erbrecht der Kinder im Wege des Vertrages. Thatsächlich muss aber der Einkindschaftsvertrag vor Abschluss der neuen Ehe zu Stande kommen. Würden wir die Einkindschaft nur als Erbvertrag auffassen, so bestände für letztere Vorschrift kein logischer Grund; sie könnte mit demselben Rechte auch nach der Wiederverheiratung eingegangen werden, und dies wäre auch das natürlichere. Schon daraus erhellt dass die Einkindschaft lediglich die Natur eines Erbvertrages unmöglich haben kann. Es gipfelt auch die Ansicht von der rechtlichen Natur der Einkindschaft, auf die wir im folgenden herauskommen, darin, dass der Einkindschaftsvertrag nur zur Hälfte ein Erbvertrag ist. Die andere Hälfte ist der vertragsmässige Verzicht der Vorkinder auf die ihnen gesetzlich freistehende Geltendmachung des Abschichtungszwanges. Aus diesem Verzicht einerseits und aus einem Erbvertrag andererseits setzt sich der ganze Einkindschaftsvertrag zusammen. Und gerade

die andere Hälfte, nämlich der vertragsmässige Verzicht der Vorkinder auf Abschichtung, tritt uns an dieser Stelle als die Veranlassung entgegen, warum die Abschliessung des Einkindschaftsvertrages notwendigerweise vor die Eingehung der neuen Ehe fallen muss. Denn im Momente der Eingehung der neuen Ehe müsste ja vorschriftsmässig die Abschichtung bereits vollzogen sein, und somit würde der ganze Zweck des Einkindschaftsvertrages illusorisch werden, wenn er erst nach Abschluss der Ehe zu Stande käme.

Dabei besteht natürlich keine Veranlassung, die Möglichkeit zu bestreiten, dass auch nach Abschluss der Ehe, also nach vollzogener Abschichtung, ein Einkindschaftsvertrag insoferne abgeschlossen werden kann, als eben die Kinder das ihnen angefallene Vermögen vollständig wieder collationieren. Dies müssen wir aber als Ausnahme hier beiseite lassen, da in diesem Falle das ganze Geschäft der Abschichtung zwecklos durchgeführt wäre, eine unnütze Mühe, die sich diejenigen, welche einen Einkindschaftsvertrag errichten wollen, durchschnittlich ersparen werden.

Es ist übrigens nicht vonnöten, dass wir der Sache Gewalt anthun, auch wenn wir den im Einkindschaftsvertrag enthaltenen Erbvertrag vor den Abschluss der neuen Ehe stellen. Der parens kontrahiert mit seinen Kindern in diesem Falle eben nicht als überlebender Ehegatte der vorigen Ehe, sondern bereits als Eheteil der künftigen Ehe, und zwar kontrahiert er zusammen mit dem anderen künftigen Ehegatten auf der einen Seite, und die Vorkinder stehen als Partei auf der andern Seite. Wir haben hier juristisch eine Fiktion anzunehmen. Es wird genau unter denselben Bedingungen verhandelt, als ob die neue Ehe schon abgeschlossen wäre. Der Rechtsgrund dieser Fiktion liegt darin, dass ein Abschluss des Vertrages nach Vollzug der Eheschliessung wegen des anderen im Vertrage enthaltenen Uebereinkommens nicht möglich ist, wenn man sich nicht etwa, wie erwähnt, mit der Abschichtung eine vollkommen unnütze Arbeit machen wollte. Die Natur des Erbvertrages bleibt auf diese Weise als Teil des Einkindschaftsvertrages vollkommen intakt. Nur liegt eine stillschweigende und unumgängliche Resolutionsbedingung vor: die neue Ehe muss zu Stande kommen. Kommt sie nicht zu Stande, so ist die Einkindschaftsberedung ipso jure nichtig.

Bei dieser Gelegenheit wollen wir in Kürze einige Anschauungen anderer Art streifen, welche in neuerer Zeit Vertretung gefunden haben.

Ludwig Hertel[1]) definiert die Einkindschaft als denjenigen Vertrag, dadurch ein in den Witwenstand geratener Ehegatte vor oder bei seiner anderweiten Verheiratung u. s. w. mit seinen Kindern voriger Ehe und seinem neuen Gatten übereinkommt: ihr allerseitiges Vermögen in eine gemeinschaftliche sammteigentümliche Masse zur gemeinschaftlichen Benutzung auf Gewinn und Verlust zusammen zu werfen, und sich während der Dauer dieser Gemeinschaft wechselseitig als rechte Eltern und rechte Kinder anzusehen und in vorkommenden Fällen als solche sich auch wechselseitig zu beerben. Nach dieser Definition wäre die Einkindschaft als Gesellschaftsvertrag aufzufassen: es soll das allerseitige Vermögen in eine gemeinschaftliche samteigentümliche Masse (societas quoad sortem) auf Gewinn und Verlust zusammengeworfen werden. Ganz unmotiviert ist die andere Bestimmung hinzugefügt, dass sie sich wechselseitig als rechte Eltern und rechte Kinder ansehen sollen.

Ganz abgesehen davon, dass die eheliche Gütergemeinschaft des deutschen Rechtes entfernt nicht in die Form des Gesellschaftsvertrages passt, sind die Rechte der Contrahenten des Einkindschaftsvertrages, die sie gegenseitig gewinnen, wesentlich andere als die Rechte der socii. Um einen Punkt herauszugreifen, so ist doch das Recht des socius auf Anteil am Gewinn nicht annähernd verwandt mit dem Erbrecht, das die Vorkinder infolge des Einkindschaftsvertrages gewinnen. Es ist auch der Zweck des Einkindschaftsvertrages nicht, mit dem vertragsgemäss vereint bleibenden Vermögen Geschäfte auf Gewinn und Verlust zu machen, sondern eine für beide Teile unter Umständen folgenschwere Abteilung zu vermeiden und gemeinschaftlich die Früchte des gesamten Vermögens zu geniessen — nicht zu erwerben, sondern zu erhalten ist die Intention des Einkindschaftsvertrages.

Eine andere Meinung, die Philipps[2]), auch Hillebrand[3]) vertritt, erblickt in der Einkindschaft eine Uebernahme der Vor-

[1]) Hertel, Ueber die Einkindschaft nach den Grundsätzen des gemeinen deutschen Privatrechts u. s. w. Giessen 1818 § 1.

[2]) Philipps, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts II § 149.

[3]) Hillebrand, in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. X, Seite 420 ff. (1845).

kinder mit ihren Rechten aus der bisherigen in die neue durch die zweite Ehe entstandene communio bonorum prorogata, also eine weitere Fortsetzung der fortgesetzten Gütergemeinschaft in die zweite Ehe hinein. Allein einer solchen Fortsetzung steht eben die Bestimmung entgegen, dass abgeschichtet werden soll, welche Bestimmung erst durch den Vertrag ausser Wirkung gesetzt wird. In diesem Vertrag liegt also implicite einerseits die Auflösung der alten Gütergemeinschaft, andererseits die Begründung einer neuen, in welcher aber die Vorkinder eine andere selbständige Stellung einnehmen: denn die alte Gütergemeinschaft beruhte auf dem Gesetz, die neue dagegen basiert auf dem Vertrag, also auf freiem Willen der Parteien. Daraus ergibt sich, dass dieser Anschauung noch ein weiterer Mangel anhaftet: die auf dem Vertragswillen beruhende Verzicht der Vorkinder auf Abschichtung ist hier ebenfalls unberücksichtigt gelassen. Auch würde hiernach die Einkindschaft nur eintreten können, wo fortgesetzte Gütergemeinschaft nach Auflösung der ersten Ehe gegolten hat. Es besteht jedoch kein Zweifel, dass sie auch zulässig ist, wenn die Gütergemeinschaft der Vorehe mit der Beendigung derselben aufgelöst ist und die Vorkinder ausgeschiedenes Eigentum bekommen haben. Einzelne Rechte lassen sie auch bei partikulärer Gütergemeinschaft eintreten, z. B. Statutarrechte, welche in Bayern gelten: Oberpfälzer Landrecht, Ansbach, Mainz, Solms, Deutschorden.

Andere Meinungen die von den eben besprochenen in dem einen oder anderen Punkte abweichen, lasse ich beiseite, da damit dem Zwecke dieser Abhandlung wenig gedient wäre. Im Grossen und Ganzen lassen sie sich auch, bei aller Verschiedenheit im einzelnen, die uns bei der Unsicherheit des ganzen Wesens des Einkindschaft ja nicht Wunder nehmen kann, unter eine der aufgeführten Kategorien einreihen und darf ich mir somit erlauben, gegebenen Falles auf die betreffende Kategorie hinzuweisen.

## II. Versuch einer Construction des Einkindschaftsvertrages.

Es erübrigt nun noch die Aufgabe, auf Grund der vorgehenden Untersuchungen eine einheitliche Würdigung der rechtlichen Natur der Einkindschaft zu versuchen:

Der Einkindschaft kommt Vertragscharakter zu. Wir haben vor uns Parteien, welche einander gegenüberstehend (also nicht in Form eines Gesamtaktes) einen bestimmten Willen in bestimmter Form erklären. Diese Parteien sind:

1) Auf der einen Seite die beiden Nupturienten;

2) Auf der anderen Seite die beiderseitigen bezw. einseitigen Vorkinder.

Die letzteren werden, soferne sie noch minderjährig sind, durch ihren Vormund oder durch einen curator ad hoc vertreten. Hiefür sind die allgemeinen Grundsätze massgebend. Die Intention ist, dass die Interessen der Kinder infolge des Einkindschaftsvertrages nicht beeinträchtigt werden.

Die Wissenschaft unterscheidet bei Verträgen wie bei anderen Rechtsgeschäften naturalia, essentialia und accidentalia negotii.

Essentialia des Einkindschaftsvertrages sind:

1) Die Vorkinder verzichten auf das ihnen gesetzlich zustehende Recht, Abteilung zu fordern, bezw. sie verzichten auf das ihnen bereits angefallene Eigentum zu gunsten der Vermögensmasse der neuen Ehe;

Wir wollen diese Seite des Vertrages »Abschichtungsverzicht« nennen.

2) Die unierenden Eltern räumen ihnen ein Erbrecht gegen sich auf gleicher Stufe mit den erwarteten Kindern der neuen Ehe ein.

Eine zweckmässige Bezeichnung dieses Vertragsteiles wäre etwa «anticipierter Erbvertrag«.

Accidentalia sind beispielsweise Beredungen familienrechtlicher Natur, Eingehung bestimmter Verpflichtungen persönlichen Inhalts, wie Erziehung, Alimentation, Aussteuer u. s. w.

Ein naturale negotii ist gesetzliche oder vertragsmässige Gütergemeinschaft der neuen Ehe. Eine Einkindschaftsberedung nach der Auffassung, wie wir sie hier vertreten, wäre, wenn keine samteigentümliche Masse irgend welcher Art in der neuen Ehe vorhanden wäre, ein Unding. Denn in solchem Falle würde das Vermögen der einzukindschaftenden Kinder entweder Sondervermögen der Kinder werden müssen, was ja gerade zu der zu vermeidenden Abschichtung führen würde, oder es müsste im Miteigentum des betr. parens verbleiben, bezw. in dasselbe treten,

was ja gerade durch den Abschichtungszwang, wie oben ausgeführt, vermieden werden soll. Ein Einkindschaftsvertrag nach unserer Auffassung wäre also in solchem Falle durchaus haltlos.

Ob sich nun die Gütergemeinschaft auf das ganze Vermögen der neuen Ehegatten erstreckt (allgemeine Gütergemeinschaft) oder ob lediglich die Erkoberung Gesamteigentum sein soll (partikuläre Gütergemeinschaft oder Errungenschaftsgemeinschaft) ist gleichgiltig. Bei der partikulären Gütergemeinschaft ist eben das beiderseitige Sondervermögen nach Analogie des Vorbehaltsgutes zu behandeln, und die gesamteigentümliche Masse, zu der eingekindschaftet wird, ist noch nicht vorhanden, sondern besteht in der erwarteten Erkoberung. Allerdings haben in diesem Falle die Vormünder bezw. Spezialcuratoren, sowie das Vormundschaftsamt mit der Möglichkeit zu rechnen, dass eine Errungenschaft überhaupt nicht erworben wird. Die Folge hievon wird sein, dass sie ihre Zustimmung zur Vereinkindschaftung nur nach reiflicher Prüfung der Sparsamkeit und Erwerbsfähigkeit der neuen Eheleute geben, so dass die Einkindschaft bei dem Systeme der partikulären Gütergemeinschaft entsprechend seltener thatsächlich zu Stande kommen wird, als bei der allgemeinen Gütergemeinschaft.

Dass die Einkindschaft regelmässig nur da vorkommt, wo die gesetzlichen Gütersysteme der allgemeinen oder partikulären Gütergemeinschaft in Geltung sind, ist anerkannt [1]: vereinzelte Ausnahmen in Rechten, welche in der Einkindschaft einen familienrechtlichen Vertrag (Adoption) erblicken, können hier nicht bestimmend sein.

Ein naturale negotii ist ferner z. B. dass die Eltern für das leibliche und geistige Wohl der Vorkinder, die durch die Vereinkindschaftung in den engeren Familienkreis der zweiten Ehe eingetreten sind, nach Möglichkeit und unterschiedslos Sorge tragen.

Als stillschweigende Resolutiv-Bedingung ist im Einkindschaftsvertrag das rechtsgiltige Zustandekommen der neuen Ehe einbegriffen.

Die Einkindschaft ist also ein zweiseitiger Vertrag, wo Leistung gegen Gegenleistung versprochen wird. Die Zahl der

[1]) Hillebrand, in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. X (1845) S. 426, in der Abhandlung: das Rechtsprincip in der Lehre von der Einkindschaft.

Contrahenten ist unbestimmt: es stehen den beiden unierenden Eltern eine mehr oder minder grosse Anzahl von Vorkindern gegenüber.

Eine augenfällige Ungleichheit zwischen Leistung und Gegenleistung kann ausgeglichen werden, indem entweder die Vorkinder, wenn ihr Vermögen im Verhältnis zu dem Erbe, das sie unter den gegebenen Umständen aus der neuen Ehe erwarten können, zu gross ist, sich einen sog. Voraus (praecipuum) ausmitteln, oder die Eltern oder eines derselben sich einen sog. Vorbehalt machen für den Fall, dass sie mit der Einkindschaft ein sie benachteiligendes Geschäft machen würden. Voraus und Vorbehalt fallen dann nicht in die allgemeine Gütergemeinschaft, sondern bleiben in der freien Verfügung des Eigentümers. Schon aus diesen Bestimmungen ist ersichtlich, dass das Rechtsgeschäft durchaus vermögensrechtlichen Charakter hat: denn eine derartige mehr oder minder genaue Abwägung von Nutzen und Schaden auf beiden Seiten würde keineswegs in den Rahmen eines familienrechtlichen Vertrages passen.

Weil sich vertragsmässig die Einkindschaft nur auf das Vermögen erstreckt, welches die Kinder zur Zeit des Vertragsabschlusses besitzen, so fällt ein etwaiger Anfall bei nachfolgender währender Ehe nicht in die allgemeine Masse, sondern bleibt gesondertes Eigentum zur freien Verfügung dessen, dem derselbe anfällt. Dies schliesst jedoch keineswegs aus, dass infolge spezieller Vereinbarungen auch solche Bereicherungen in die Masse fallen.

Sind die Vorkinder infolge irgend eines Umstandes (z. B. Vorspiegelung falscher Thatsachen bezüglich des Vermögens seitens der Eltern) bei dem Rechtsgeschäft benachteiligt, so steht ihnen, sofern sie noch minderjährig sind, wie bei allen Rechtsgeschäften vermögensrechtlichen Inhalts, die Rechtswohlthat zur Seite, dass sie auf restitutio in integrum antragen können, die ihnen nach richterlicher causae cognitio nach allgemeinen Vorschriften gewährt wird.

Fassen wir die wesentlichen Momente obiger Erörterungen zusammen, so gelangen wir etwa zu folgender Definition der Einkindschaft:

Die Einkindschaft (unio prolium, parificatio prolium) ist ein zweiseitiger vermögensrechtlicher Vertrag zwischen zwei Nupturienten einerseits

und deren ein- oder beiderseitigen ehelichen[1]) Vorkindern andererseits vor Abschluss der beabsichtigten Ehe mit Gütergemeinschaft, inhaltlich dessen

a) die Vorkinder auf das ihnen gesetzlich zustehende Recht auf Abschichtung verzichten (Abschichtungsverzicht),

b) die Nupturienten ihnen zusammen mit den ehelichen Kindern der nachfolgenden Ehe ein anteilmässiges Erbrecht in das Vermögen dieser nachfolgenden Ehe einräumen (anticipierter Erbvertrag),

mit der Gesamtwirkung, dass mit dem Abschluss der neuen Ehe eine Abschichtung nicht eintritt und das Erbrecht der Vorkinder begründet ist.

Werfen wir noch einen Blick auf die Wirkungen des Einkindschaftsvertrages.

Die Wirkungen sind zunächst die, dass dem Zweck des Rechtsgeschäftes entsprechend, eine Abschichtung nicht erfolgt. Das Vermögen der Kinder wird in die neue Ehe, soweit nicht ein Voraus besteht, übernommen. Den Kindern wird ein Erbrecht in das Vermögen der neuen Ehe erworben, und zwar erben sie bei Auflösung der durch die Vereinkindschaftung geschaffenen Gütergemeinschaft nach Quoten ex nunc.

Nun taucht die Frage auf, ob es in der Competenz der Eltern liegt, dieses Erbrecht zu schmälern, etwa dadurch, das sie die Kinder auf den Pflichtteil setzen, oder gar dadurch, dass sie dieselben enterben. In erster Linie gilt natürlich auch hier eine etwaige Vertragsbestimmung. Wird z. B. im Einkindschaftsvertrag selbst den Kindern lediglich ein Pflichtteil ausgemacht, so ist hieran nichts zu ändern. Ist eine solche Bestimmung nicht getroffen, so haben wir aus der Intention des Rechtsgeschäftes die diesbezüglich massgebenden Grundsätze zu deduzieren. Auf diesem Wege kommen wir zu folgendem Resultat: Weil wir es in der Einkindschaftsberedung mit einem Erbvertrag – unserem sog. »anticipierten Erbvertrag« unter Zugrundelegung der Fiktion, dass

[1]) Als vereinzelte Ausnahmen gestatten einige wenige Rechte (z. B. das Würzburger Recht) die Vereinkindschaftung auch ausserehelicher Kinder.

die neue Ehe schon abgeschlossen ist —, zu thun haben, auf welchen selbstredend die allgemeinen Grundsätze über Erbverträge[1]) Anwendung finden, so hat vor Allem der Satz Geltung, dass dieser Erbvertrag nicht einseitig durch den Willen einer Partei abgeändert oder aufgehoben werden kann. Eine Enterbung der eingekindschafteten Vorkinder ist also keinesfalls gestattet.

Ob eine Schmälerung der Erbrechte möglich ist, ist mit Rücksicht auf den Vertragswillen zu verneinen. Dieser geht jedenfalls dahin, dass die Kinder ein Erbrecht erhalten sollen gegen das Vermögen in der Lage, in welcher sich dasselbe voraussichtlich bei Auflösung der Ehe befindet. Wenn diese Annahme unter Umständen auch zum Schaden der Vorkinder insoferne enttäuscht werden kann, als unvorhergesehene Umstände diesbezügliche Erwartungen nicht zur Verwirklichung gelangen lassen, so steht doch jedenfalls soviel fest, dass seitens der unierenden Eltern nichts geschehen darf, wodurch sie zufolge eigenen Willens eine derartige Schmälerung herbeiführen. Es ist also nicht erlaubt, die unierten Kinder auf den Pflichtteil zu setzen, denn bei Abschluss des Vertrages ist ihnen ein anteilsmässiges Erbrecht mit den anderen Kindern zusammen eingeräumt. Es ist ferner nicht zulässig, die Kinder ungleichmässig zu bedenken, den einen mehr zuzuwenden als den anderen, da ihnen, wie schon betont, ein anteilsmässiges Erbrecht, also ein Erbrecht im Zweifel zu gleichen Teilen ausgemittelt worden ist. Auch eine Schmälerung der Erbschaftsmasse durch letzwillige Verfügungen der Ehegatten ist nicht angängig, z. B. durch Errichtung von Legaten. Denn hierdurch würde wiederum durch einseitige Handlung der einen Vertragspartei, der Eltern, das vertragsmässige Recht der anderen Partei, der Vorkinder, verkürzt. Wenn jedoch die Eltern das eine oder andere der Nachkinder auf den Pflichtteil setzen oder enterben, so besteht kein Grund, warum sie nicht über die auf diese Weise freigewordene Erbquote freie Verfügung treffen sollten. So wäre auch eine Bevorzugung eines Kindes durch besondere Zuwendung eines Vermögensvorteils denk-

[1]) Gengler, das deutsche Privatrecht 4. Auflage, Erlangen und Leipzig 1892 § 197 ff., Seite 732 ff. Beseler, Die Lehre von den Erbverträgen II. Teil in 3 Bänden Göttingen 1835, von Gerber, System des deutschen Privatrechts 16. Auflage, Jena 1891, § 257 ff Seite 438 ff.

bar, wie auch die Bestellung von Legaten an Dritte. Denn auf diese Weise werden ja die Vorkinder in ihrem vertragsmässigen Anspruch auf eine anteilsmässige Quote des Erbes nicht beschränkt.

Nun wird aber eingewendet, dass doch keine Berechtigung für die Annahme besteht, dass die unierten Kinder besser gestellt sein sollten, als die aus der neuen Ehe entsprossenen leiblichen Kinder beider Ehegatten; diese könnten enterbt oder auf den Pflichtteil gesetzt werden, während dieses bezüglich der Vorkinder nicht gestattet sein soll. Was die Möglichkeit der Enterbung bzw. Beschränkung auf den Pflichtteil betrifft, so ist zweifellos richtig, dass die Vorkinder in der rechtlich besseren Lage sich befinden. Der Grund dieser anscheinend etwas befremdenden Thatsache ist der, dass das Erbrecht der Vorkinder auf einer wesentlich anderen Basis ruht, als das der Nachkinder. Das Erbrecht der letzteren beruht auf dem Gesetz; mit dem Einkindschaftsvertrag haben sie im Grunde genommen nichts zu thun. Ihre Erwähnung in diesem Vertrag geschieht nur deshalb, um den Vorkindern ein Mass ihres Erbanspruches zu fixiren: sie sollen auf gleicher Stufe mit den Nachkindern zur Erbschaft berechtigt sein. Wo aber gesetzliches Erbrecht gilt, da stehen den Eltern auch die Bestimmungen über Enterbung und Pflichtteilssetzung zur Seite. Solche Dispositionen sind also bezüglich der Nachkinder unbeschränkt statthaft. Das Erbrecht der Vorkinder dagegen beruht auf Vertrag. Wenn in diesem Vertrag über Zulässigkeit von Enterbung oder Pflichtteilssetzung nichts bestimmt ist, so müssen solche einseitige Verfügungen der Eltern als unstatthaft betrachtet werden.

In der Litteratur wird von bedeutenden Juristen die gegenteilige Anschauung vertreten, dass ein Verfügungsrecht von Todeswegen der Eltern über das Vermögen nicht ausgeschlossen sei z. B. bei Mittermaier[1]). Auch Eichhorn[2]) behauptet, der unentziehbare Anspruch der unierten Vorkinder sei nur der Pflichtteil. Wenn solches rechtens wäre, so wäre allerdings der Einkindschaftsvertrag sehr zu Ungunsten der Vorkinder, und es wäre dann wohl kaum denkbar, dass ein pflichtgetreuer und gewissenhafter Kurator in die Eingehung eines solchen Vertrages, durch

[1]) Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechtes u. s w. Regensburg 1847 Bd. II. S. 370.

[2]) Eichhorn Einleitung in das deutsche Privatrecht, 4. Auflage, Göttingen 1836.

den seine Mündel in einschneidender Weise beeinträchtigt werden können, willigen würde. Auf diesem Wege wäre die Einkindschaft wohl längst aus dem Rechte verschwunden, statt, wie gegenwärtig, noch in grossen Bezirken der deutschen Heimat in Geltung zu sein.

Eine weitere Wirkung der Einkindschaft ist, dass die Pflegschaft über die Vorkinder mit der Perfektion des Einkindschaftsvertrages aufhört. Das Vermögen der Vorkinder, dessen der Pfleger in erster Linie walten soll, geht ja über in die allgemeine Gütermasse der neuen Ehe, wenn nicht etwa den Kindern ein Voraus ausgemittelt wird, oder ihnen bei währender Ehe ein Vermögen anfällt. Da letztere nicht zur Masse gehören, sondern Sondergut der Kinder bleiben, so muss in diesen Fällen ein Spezialkurator ernannt werden.

Die Theorie macht einen Unterschied zwischen unvollkommener und vollkommener Einkindschaft, indem sie unter vollkommener Einkindschaft diejenige versteht, bei welcher auch die Eltern ein Erbrecht gegen die Kinder behalten bezw. erwerben. Diese Unterscheidung hat meiner Ansicht nach wenig praktischen Wert. Ein gegenseitiges Erbrecht kann im Erbvertrag an sich statuiert werden; geschieht dies nicht, so tritt wie überall wo Vertragsbestimmungen nicht vorhanden sind, gesetzliches Recht ein.

Nach der rechtlichen Natur des Einkindschaftsvertrages ergeben sich als Möglichkeiten der Auflösung desselben:

1) Die Auflösung durch beiderseitigen Willen, wie bei jedem anderen Vertrage;

2) Die Auflösuug durch Richterspruch für den Fall, dass den Interessen der minderjährigen Kinder durch schlechte Verwaltung nahe getreten wird, oder wenn das Recht allgemein restitutio in integrum zulässt;

3) Wenn die Grundbedingung, nämlich das Zustandekommen der neuen Ehe, nicht eintritt, oder wenn die geschlossene Ehe wieder geschieden wird. Im Falle der Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten tritt das Erbrecht der Kinder in Kraft, zufolge welchem sie Abteilung und Hinausgabe ihrer Erbquote verlangen können, Es kann aber auch hier wieder Beisitz oder fortgesetzte Gütergemeinschaft eintreten. Im letzteren Fall suspendieren sich die Wirkungen des den Kindern erworbenen Erbrechtes bis zum Tode auch des anderen Ehegatten, oder auch

bis zur Wiederverheiratung desselben in welchem Falle die Sachlage dieselbe ist, wie die, welche unserer ganzen Betrachtung zu Grund gelegt ist. Der Abschliessung eines weiteren Einkindschaftsvertrages für die dritte Ehe steht nichts entgegen.

Kein Auflösungsgrund kann etwa darin erblickt werden, dass die nachfolgende Ehe kinderlos bleibt, denn die Nachkinder haben im Einkindschaftsvertrag, wie schon erwähnt, keine selbständige Stellung. Einseitig steht hier das Oberpfälzer Recht da, nach welchem gesetzliche Einkindschaft nur eintritt, wenn aus der nachfolgenden Ehe Kinder hervorgehen, und wornach dieselbe wieder erlischt, wenn diese Kinder versterben.

Es hat Stimmen gegeben und gibt deren, welche die Einkindschaft als ein unzweckmässiges juristisches Institut verwerfen. In manchen Rechten ist sie sogar direckt verboten, z. B. nach dem österreichischen bürgerlichen Gesetzbuch Art. 1259, nach dem Code civile Art. 1389 (folglich auch nach dem badischen Landrecht Satz 1389); Das bayerische Landrecht I. Thl. Cap. V § 12 schliesst sie desshalb mit Ausnahme der Oberpfalz aus, weil sie im Lande unbekannt ist.

Ein Hauptgrund dafür ist wohl darin zu sehen, dass der Einkindschaft jegliche einheitliche Durchbildung mangelt, und dass durch die manigfaltigen, oft einander widersprechenden rechtlichen Bestimmungen eine grosse Verwirrung auf diesem Gebiete angerichtet wurde. Waren ja doch solche Bestimmungen ein Ausfluss der Anschauung des betreffenden Gesetzgebers über den rechtlichen Charakter des Rechtsgeschäftes, und diese Anschauungen waren und sind, wie wir oben gesehen haben, sehr verschieden. Der Weg, den nun manche Rechte, wie die oben erwähnten einschlugen, indem sie dadurch Abhilfe schaffen zu müssen glaubten, dass sie das ganze Institut einfach aus dem Rechtskreise verbannten, ist zwar sehr einfach, aber doch wohl da nicht der beste, wo die Einkindschaft durch jahrhundertelange Uebung sich eingebürgert hat.

Der Entwurf des neuen bürgerlichen Gesetzbuches für Deutschland schliesst sich dem eben erwähnten Verfahren ebenfalls an, wie in den Motiven »über Einkindschaft« auseinandergesetzt ist. Gründe zu dieser Stellungnahme führen die Motive zur Genüge an: Das Institut sei vielen Rechtsgebieten, auch solchen, wo sonst Gütergemeinschaft herrscht, fremd geblieben (z. B. Ost- und West-

preussen, Meklenburg); in anderen Gebieten habe es bedeutend abgenommen; es bestehe also kein Bedürfnis dafür. Ferner sei nach dem Entwurf weder mit dem gesetzlichen Güterstande, noch mit dem vertragsmässigen Güterstande der Errungenschaftsgemeinschaft (§§ 1335, 1439—1441 zweiter Lesung des Entwurfes), noch mit dem vertragsmässigen Güterstand der Gemeinschaft des beweglichen Vermögens und der Errungenschaft (§ 1452), noch mit dem vertragsmässigen Güterstande der allgemeinen Gütergemeinschaft (§ 1336 ff.) eine gesetzliche Nachwirkung des ehelichen Güterrechtes zu Gunsten des überlebenden Ehegatten verbunden — es tritt weder Beisitz noch fortgesetzte Gütergemeinschaft ein, mit dem Tode des einen Ehegatten kann sofortige Auseinandersetzung verlangt werden. Damit falle der ganze Zweck des Institutes weg.

Es unterliegt auch gar keinem Zweifel, wie wir zugeben müssen, dass trotz der möglichen gesetzlichen Güterverhältnisse der allgemeinen Gütergemeinschaft und der Errungenschaftsgemeinschaft eine Notwendigkeit für die Zulassung von Einkindschaftsberedungen dann nicht besteht, wenn keine gesetzlichen Nachwirkungen dieser ehelichen Güterverhältnisse, wie Beisitz oder fortgesetzte Gütergemeinschaft, nach Auflösung der Ehe eintreten, oder, wie die Motive sagen, wenn sofortige Auseinandersetzung in jedem Fall verlangt werden kann. Was aber nicht notwendig ist, kann doch eventuell zweckmässig sein.

Man wolle ferner, heisst es in den Motiven, Verwirrungen im Rechtsleben vorbeugen, so dass auch der Ausweg, die Einkindschaft da zuzulassen, wo sie bisher galt, nicht genommen werden kann, da sich dieses ja auch mit dem Zwecke dieses Gesetzbuches, einheitliches Recht zu schaffen, nicht vertrage. Richtig betonen die Motive, dass man auch in letzterem Fall die Einkinschaft unter allen Umständen nur unter Ausschluss aller nicht vermögensrechtlichen Wirkungen zulassen könnte. Ferner sei das Institut als ein schädliches zu erachten; die Vorkinder seien in ihren Interessen gefährdet; folglich werde auch der sittliche Zweck der Einkindschaft, eine grössere Innigkeit des Familienlebens zu schaffen, nicht nur nicht erreicht, sondern es werde dadurch sogar der Familienfrieden getrübt.

Zweifellos muss man anerkennen, dass das Institut manches gegen sich hat. Es ist z. B. richtig, dass die Interessen der Vorkinder insoferne einer Gefährdung ausgesetzt sind, als unmöglich

durch Kautelen verhindert werden kann, dass die Eltern die Nachkinder etwa vor den Vorkindern bei währender Ehe bevorzugen. Auch ist es möglich, dass die Vorkinder ihr Vermögen infolge der Vereinkindschaftung ganz oder teilweise verlieren, indem sie mit ihrer Erbquote einen Ausfall erleiden. Geschieht dies infolge unglücklicher unvorhergesehener Zufälle, so wird man vom ethischen Standpunkte aus es nicht so tief beklagen können, wenn die Kinder unverschuldetes Unglück ihrer Eltern auch materiell teilen. Solche Gründe sind nicht gewichtig genug, um eine Verbannung der Einkindschaft aus dem Rechte rechtfertigen zu können.

Im Uebrigen aber lässt sich geltend machen, dass es Sache des Spezialkurators ist, mit möglichster Genauigkeit und Strenge zu prüfen, ehe er seine Einwilligung zum Einkindschaftsvertrag erteilt. Kennt der Kurator den Mann oder die Frau etwa als verschwenderisch, parteiisch oder von irgend einer Seite, nach welcher hin sie den Kindern zum Schaden gereichen könnten, so ist es seine Pflicht, seine Einwilligung zu versagen. Von grossjährigen Kindern braucht in dieser Beziehung gar nicht gesprochen zu werden, da diese die Verhältnisse genau kennen und in der Lage sind, ihre Interessen selbst zu wahren. Wenn man zudem noch bedenkt, dass auch die Vormundschaftsbehörde ihre Einwilligung zu geben hat, was ebenfalls nur nach genauer causae cognitio erfolgen wird, so wird man sagen können, das solche Kautelen für eine grosse Zahl von Fällen hinreichend sein werden.

Auf der andern Seite dürfen auch die Vorteile nicht übersehen werden, welche aus der Vereinkindschaftung fliessen (Vermeidung der Abschichtung u. s. w. siehe oben,) und welche in vielen Fällen die etwaigen Nachteile bedeutend überwiegen werden.

Eine Einheit auf dem Gebiete des ehelichen Güterrechtes schafft der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches nicht. Es bleiben mehrere Gütersysteme, darunter die allgemeine Gütergemeinschaft neben einander bestehen. Warum sollte der Einheitsbestrebung gerade ein Institut zum Opfer fallen, welches bisher da, wo Gütergemeinschaft galt, grossenteils gute Dienste geleistet hat? Dass der Umfang seiner Geltung nicht eben gering sein kann, geht daraus hervor, dass gegenwärtig circa 13 Millionen in Deutschland nach allgemeiner Gütergemeinschaft 13.8 Mil-

lionen nach partikulärer Gütergemeinschaft leben. Auch ist der Zweck der Einkindschaft damit noch nicht illusorisch gemacht, dass die sofortige Abschichtung beim Tode des einen Ehegatten der früheren Ehe verlangt werden kann. Denn damit ist ausgesprochen, dass auch die Möglichkeit besteht, dass die Abschichtung nicht verlangt wird. Es hätte die Abschichtung nach Auflösung der Ehe zum durchgreifenden Grundsatz gemacht werden müssen, was, soweit ersichtlich, nicht geschehen soll. Erst damit wäre die Einkindschaft zwecklos. Rechtlichen Verwirrungen kann man im Uebrigen ebenso gut durch eine klare, alle Punkte umfassende gesetzgeberische Redaktion einer Materie vorbeugen, also dadurch, dass man eine solche aus dem Rechte überhaupt verbannt.

Wenn man die Einkindschaft nicht direkt unter die verbotenen Verträge stellen will, so wäre sie als Vertragsrecht überhaupt nur insofern einer gesetzlichen Regelung bedürftig, als dadurch über Mündelvermögen in bestimmter durchgreifender Weise disponiert, also in das Pflegschaftsrecht eingegriffen wird. Der Vormundschaftsrichter kann also ohne gesetzliche Ermächtigung einer Vereinkindschaftung nicht zustimmen. Dass aber eine solche Ermächtigung, wenn sie auf dem Wege des Gesetzes erteilt würde, keine schlimmen Früchte für die Interessen der Mündel zeitigen würde, dafür bürgt uns ein gewissenhafter, seiner Verantwortung sich bewusster Richterstand.